

3 De koop op afstand van vouchers voor diensten en producten

Een eigentijdse meerpartijenverhouding nader geduid

S.F. Bies & C.M.D.S. Pavillon ■

1 INLEIDING

1.1 ‘Un ménage à trois ...’

De uit de Verenigde Staten overgewaaid online tegoedbonnen zijn erg populair in ons land van koopjesjagers. Het Amerikaanse Groupon is een voorbeeld van een bedrijf dat online bonnen verkoopt.¹ Groupon Netherlands BV biedt in Nederland via een website zogenaamde vouchers aan, waarmee producten of diensten met een fikse korting van andere bedrijven kunnen worden afgenomen. Bij het afnemen van een product of dienst door middel van een voucher zijn drie partijen betrokken: de voucherverkoper, de klant en het bedrijf dat de dienst verricht of het product levert. De klant is doorgaans een consument daar vouchers niet snel voor bedrijfsdoeleinden zullen worden gebruikt.²

Voucherverkopers als Groupon beschouwen zichzelf als een reclamekanaal. Door hun actieve en veelzijdige marketingtechnieken, via bijvoorbeeld mailings en social media, boren zij voor hun partners nieuwe klantenkringen aan. Groupon doet vooral zaken met kleine bedrijven, net opgestarte bedrijven of bedrijven die met een voorraad zitten die verkocht moet worden. De consument ziet de aantrekkelijke aanbieding op de website van Groupon, betaalt via deze website en ontvangt een digitale voucher, die hij kan inwisselen bij

■ Mw. mr. S.F. Bies is werkzaam bij de Autoriteit Consument en Markt en schreef deze bijdrage op persoonlijke titel, mw. mr. dr. drs. C.M.D.S. Pavillon is universitair docent civiel recht aan de Universiteit Leiden. Wij danken de deelnemers aan het privatissimum Consumentenrecht 2014 van de Master civiel recht voor hun waardevolle suggesties. Dit onderzoek is afgesloten op 30 juni 2014.

1 Andere op de Nederlandse markt opererende, met Groupon vergelijkbare voucheraanbieders zijn: <sweatdeal.nl>, <groupdeal.nl>, <voucher vandaag.nl> en <aanbiedingen.marktplaats.nl>.

2 Art. 4.1 van de AV van Groupon zoals gewijzigd op 13 juni 2014 (online te raadplegen) verbiedt dit zelfs: ‘De koop van een Voucher geschiedt uitsluitend voor jouw niet-commercieel privégebruik (je mag de Voucher echter wel aan iemand cadeau geven voor zijn/haar niet-commercieel privégebruik)’.

de leverancier van het product of de dienst zonder nog iets te hoeven bijbetalen.

Deze driehoeksverhouding telt op het eerste gezicht drie overeenkomsten: de overeenkomst tussen de consument en Groupon,³ de overeenkomst tussen de leverancier van de dienst of het product en de consument (die tot stand komt bij het verzilveren van de voucher)⁴ en de overeenkomst tussen Groupon en de leverancier van de dienst of het product.⁵

1.2 ‘... souvent compliqué’

Groupon staat vanwege haar grote aandeel in de vouchermarkt relatief vaak in de publiciteit. Die berichtgeving is niet altijd positief. Zo kwam Groupon verschillende malen ter sprake in uitzendingen van consumentenprogramma's als Kassa en Radar en is zij onder de voucherverkopers ook een grote klachten-generator op consumentenfora en klachtenwebsites.⁶ De meeste klachten betreffen het niet kunnen inwisselen van de voucher of het niet of onbehoorlijk presteren van de leverancier na verzilvering van de voucher.

De eerste categorie klachten betreft de situatie waarin het inwisselen van de voucher om een of andere reden niet lukt. Hieronder valt ook de situatie waarin verzilvering onder de geadverteerde voorwaarden niet mogelijk blijkt (men denke aan een dinerbon die geldig is van dinsdag t/m zondag maar slechts op woensdag blijkt te kunnen worden verzilverd). Ter illustratie van de tweede categorie klachten geven wij de volgende voorbeelden. Het eerste voorbeeld betreft de situatie waarin de leverancier na verzilvering van de voucher niet presteert. Dit overkwam een aantal consumenten dat een voucher voor door een onderhoudsbedrijf te leveren diensten had gekocht en ingewisseld door een afspraak te maken.⁷ Het bedrijf kwam niet opdagen op het afgesproken tijdstip en bleek niet bereikbaar. In een dergelijk geval is denkbaar dat de consument schade lijdt doordat hij bijvoorbeeld een vrije dag heeft opgenomen of een oppas voor de kinderen heeft geregeld om het klusbedrijf te kunnen ontvangen. Het tweede door ons belichte geval betreft de situatie waarin het product ondeugdelijk is of de dienst niet naar behoren wordt

3 Groupon verkoopt overigens ook zelf producten via Groupon Goods Global GmbH ('Groupon Goods'). De consument sluit dan alleen een overeenkomst met Groupon.

4 Art. 6.1.2 van de AV van Groupon luidt: 'Houd er alsjeblieft rekening mee dat de Onderneming en niet Groupon de partij is die een overeenkomst aangaat met de Voucher Houder als de Voucher ingewisseld is'.

5 Art. 1.5 van de AV van Groupon heeft het over een 'niet met Groupon verbonden derde' maar de leveranciers hebben zonder meer een overeenkomst met Groupon betreffende de uitgifte van een voucher en bedongen korting.

6 Zie de websites <www.klacht.nl> en <www.klachtenkompas.nl>.

7 Vgl. de klachten van 30 juli en 10 augustus 2013 over Shen Tech onderhoudsbedrijf op <www.klacht.nl>.

verricht. De consument kreeg dankzij Groupon korting op valetparking bij Schiphol.⁸ De auto werd bij Schiphol afgegeven aan een medewerker van het bedrijf en bij terugkomst van de vakantie bleek de auto beschadigd. Ook waren er snelheidsovertredingen begaan met de auto, waarvoor de consument later een boete ontving.

Opvallend is dat de consument zich vaak tot Groupon richt om nakoming, restitutie en/of schadevergoeding te vorderen – zo ook in genoemde gevallen. Daar zijn verschillende redenen voor aan te wijzen. Het klagen bij de leverancier – als deze al bereikbaar is – levert in veel gevallen niets op en de consument heeft per slot van rekening aan Groupon betaald. Het is hem veelal ook niet duidelijk tot wie hij zich moet richten.

1.3 De restitutie- en schadevergoedingsplicht van Groupon bij wanprestatie van de leverancier

De Consumentenautoriteit (thans de Autoriteit Consument en Markt – ACM) liet Groupon begin 2013 een toezegging doen om consumenten beter te informeren over hun wettelijke en contractuele positie.⁹ Het is echter onduidelijk waartoe de voucherverkoper verplicht is jegens de consument in geval van een tekortkoming van de leverancier in de nakoming van zijn (op de website van de voucherverkoper geadverteerde) prestatie. Wanneer de leverancier zich zoals in bovenstaande voorbeelden schuldig maakt aan wanprestatie jegens de consument, wijst Groupon, op een aantal in haar algemene voorwaarden (AV) opgenomen uitzonderingen na, alle aansprakelijkheid af (hierna paragraaf 2.1).¹⁰ Vraag is of deze afwijzing rechtens is.

Om deze vraag te beantwoorden en de verplichtingen van voucherverkopers bij niet-nakoming van de leverancier vast te stellen, nemen wij in deze bijdrage de meerpartijenverhouding tussen consument, leverancier en Groupon onder de loep. Wij zoomen eerst in op de overeenkomst tussen de consument en de voucherverkoper (paragraaf 2). Ten tweede stellen wij ons de vraag of de consument wel een overeenkomst sluit met de leverancier en zo ja, wat de mate van samenhang tussen deze en de door hem met de voucherverkoper gesloten overeenkomst is (paragraaf 3). Vervolgens staan wij stil bij een mogelijke kwalificatie van de driepartijenverhouding als meerpartijenovereenkomst (paragraaf 4) en bespreken wij de eventuele buitencontractuele aansprakelijk-

8 Zie de uitzending van Vara Kassa van 26 januari 2013 betreffende Schipholparking24.

9 Toezegging Groupon Nederland B.V. 19 februari 2013 <<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11169/Toezegging-Groupon-Nederland/>> (laatst geraadpleegd 30 juni 2014).

10 Slechts in een enkel geval en na heel lang aandringen op social media-kanalen ontvangt de consument een compensatie, zoals in het geval waarin een smartphone na een reparatiebeurt bij een Groupon-partner nooit werd geretourneerd.

heid van de voucherverkoper (paragraaf 5). Wij sluiten af met het antwoord op de vraag of er behoefte is aan een nadere regeling van de voucherverkoop.

2 DE OVEREENKOMST TUSSEN DE CONSUMENT EN DE VOUCHERVERKOPER

2.1 De algemene voorwaarden van Groupon

De overeenkomst tussen de consument en Groupon betreft volgens de sinds 14 juni 2014 geldende Verkoopvoorwaarden Groupon Netherlands BV, de koop (op afstand) van een voucher (art. 2.2).¹¹ Art. 6 van deze voorwaarden bakent de ‘verantwoordelijkheid’ van Groupon af. Bij problemen betreffende de levering van de voucher kan de consument Groupon zonder meer aanspreken. Wanneer er evenwel iets misgaat bij de levering van het product of de dienst, moet de consument zich richten tot de leverancier. Komen de twee partijen er onderling niet uit, dan biedt Groupon in art. 5.5 aan om op verzoek van de consument ‘te proberen te helpen het probleem (...) op te lossen’. De algemene voorwaarden leggen de nadruk op het feit dat Groupon niet verantwoordelijk is voor de levering van diensten en producten en voor de diensten en producten zelf.

Voor het geval er problemen zijn met de levering van het product of de dienst, maakt art. 5 een onderscheid tussen de situatie waarin de voucher nog niet is verzilverd (art. 5.4) en de situatie waarin de voucher al is ingewisseld maar ontevredenheid bestaat over het geleverde (art. 5.5). Zolang er nog geen verzilvering heeft plaatsgevonden, is Groupon volgens de eigen voorwaarden de enige wederpartij van de consument. Groupon stelt evenwel strenge voorwaarden aan de restitutie van de koopprijs van de voucher indien deze niet kan worden ingewisseld.¹² Groupon geeft aan de levering niet te kunnen beïnvloeden (art. 3.5) en preciseert dat ‘tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, de Voucher de Voucher Houder geen recht (geeft) het Aanbod Onderneming op een bepaald tijdstip te ontvangen’. In art. 7.3 exonereert Groupon zich bovendien voor alle door de consument geleden schade (en dus ook voor schade voortvloeiend uit het niet kunnen inwisselen van de voucher).

Als de voucher al wel is ingewisseld, is Groupon nog terughoudender en zal er hoogstens sprake zijn van een coulanceregeling. Groupon acht het echter niet altijd redelijk om de verantwoordelijkheid uitsluitend bij de leverancier

11 Zie ook de door de ACM opgelegde verplichting om de bedenktijdenregeling na te leven en art. 5.1 van de AV van Groupon.

12 Art. 5.4 van de AV van Groupon luidt: ‘Indien je niet in staat bent geweest jouw Voucher bij de Onderneming in te wisselen voor afloop van de Geldigheidsperiode om redenen waaraan jij geen schuld hebt, kom je eventueel in aanmerking voor een restitutie. Om een restitutie te ontvangen, moet je jegens Groupon in redelijkheid aantonen, dat jouw onvermogen om de Voucher in te wisselen niet jouw schuld was. De beslissing om een restitutie toe te kennen wordt geheel naar eigen inzicht door Groupon genomen’.

neer te leggen, bijvoorbeeld als sprake is van onvoorziene omstandigheden (art. 3.9). Zij biedt dan een Groupon-tegoed of terugbetaling van de voucher aan. De algemene voorwaarden maken het de consument onmogelijk om de door de gebrekkige prestatie van de leverancier geleden schade vergoed te krijgen. Groupon acht zich als 'tussenpersoon' in art. 7.4 'niet aansprakelijk voor de kwaliteit, veiligheid, bruikbaarheid of enig ander aspect van' de producten en diensten waarvoor de voucher is ingeleverd.

Het spreekt voor zich dat een consument een beroep kan doen op de vernietigbaarheid van deze AV en dat de rechter zonder meer verplicht is om deze bedingen ambtshalve op hun inhoud te toetsen indien Groupon zich hierop beroept.¹³ De exonaties van art. 7.3 en 7.4 zullen dan wellicht stranden op grond van art. 6:237 sub (f) jo. 7:6 BW.¹⁴ Onduidelijke algemene voorwaarden zullen ingevolge art. 6:238 lid 2 BW voorts in het voordeel van de consument moeten worden uitgelegd. Bij toepassing van de contra proferentem-regel zou wellicht uit art. 3.9 ('onvoorziene omstandigheden') moeten volgen dat Groupon vergoeding moet aanbieden voor de schade veroorzaakt door wanpresterende bedrijven die niet meer bestaan (zoals in het geval van de valetparking waarin de eigenaresse van het bedrijf met de noorderzon is verdwenen). Dat Groupon de als gevolg van het tekortschieten van de leverancier door de consument geleden schade moet vergoeden, valt onzes inziens dus niet uit te sluiten.

2.2 Een non-conform recht aan toonder?

Onderhavige bijdrage heeft als doel om te bepalen wat de wettelijke plichten van de voucherverkoper zijn jegens de door de leverancier gedupeerde consument. Om vast te stellen welke rechten deze consument op grond van de wet toekomen, zullen we eerst de koopovereenkomst betreffende de voucher nader kwalificeren. Wat is een voucher eigenlijk? Het recht bevat weinig definities van een voucher. In art. 30a lid 1 van de door de Europese Commissie voorgestelde BTW-richtlijn¹⁵ wordt een voucher gedefinieerd als:

'een instrument dat recht geeft op afname van goederen of diensten, dan wel op een prijskorting of terugbetaling in verband met een levering van goederen of

¹³ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691 (Heesakkers/Voets).

¹⁴ Opgemerkt zij dat de exonaties in art. 7.2 van de AV van Groupon op cryptische wijze worden ingeperkt: 'Groupon is altijd aansprakelijk voor: (a) door haar gepleegd bedrog of bedrieglijke, door haar gemaakte voorstelling van zaken; of (b) elke impliciete contractuele voorwaarde die op grond van toepasselijk recht niet kan worden uitgesloten of beperkt'.

¹⁵ Voorstel voor een Richtlijn van de Raad tot wijziging van Richtlijn 2006/112/EG betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over toegevoegde waarde wat de behandeling van vouchers betreft, 5 mei 2012, COM(2012) 206 def.

diensten, in combinatie met een overeenkomstige verplichting om aan dit recht te voldoen’.

Een voucher van Groupon kan gelet op deze definitie als recht op levering van een product of dienst *aan toonder* worden aangemerkt.¹⁶ De naam van de schuldeiser wordt immers niet op de voucher vermeld en de voucher is vrij overdraagbaar.¹⁷ Een dergelijk vorderingsrecht kan volgens art. 7:47 BW onderwerp zijn van een koopovereenkomst. Op de koop van vermogensrechten zijn de bepalingen van de kooptitel van (overeenkomstige) toepassing voor zover dit in overeenstemming is met de aard van het verkochte recht.¹⁸ Hoewel een analoge toepassing van het consumentenkooprecht bij de koop van een voucher voor een zaak gelet op de ‘aard van het recht’ verdedigbaar is, ligt zij bij de koop van voucher voor een dienst wellicht minder voor de hand.¹⁹

De vraag is hoe ver de verplichtingen van Groupon als verkoper van een recht aan toonder precies reiken. Groupon is verplicht tot de levering van het vorderingsrecht. Uit art. 7:9 jo. 7:47 BW en de Parlementaire Geschiedenis volgt dat de verkoper van een vermogensrecht alles in het werk moet stellen opdat de koper het vermogensrecht ten volle kan uitoefenen.²⁰ Daarmee wordt bedoeld dat de koper het recht aan toonder op geldige wijze krijgt overgedragen. Uit art. 7:17 jo. 7:47 BW volgt bovendien dat het gekochte vorderingsrecht aan de overeenkomst moet beantwoorden. Bij een tekortkoming van de verkoper in de nakoming van zijn verbintenis (i.e. de levering van een niet-conform recht aan toonder), kan de koper uiteindelijk tot ontbinding overgaan (art. 7:21 en 22 BW). Daarnaast kan de koper eventueel schadevergoeding vorderen (art. 7:24 BW). Wat deze conformiteitsverbintenis precies inhoudt, hangt af van wat partijen over en weer hebben afgesproken en wat de consument op grond van de overeenkomst redelijkerwijs mocht verwachten ten aanzien van het te leveren vorderingsrecht.

16 Aan de uitgifte van de voucher ligt de overeenkomst tussen Groupon en de leverancier ten grondslag (paragraaf 4).

17 Zie <<https://support.groupon.nl/entries/30302293-Kan-ik-een-terugbetaling-krijgen-Ik-wil-geen-gebruik-meer-maken-van-mijn-groupon->> (laatst geraadpleegd op 30 juni 2014).

18 Een nadeel van een dergelijke uitleg van het object van de overeenkomst voor de consument is dat van *consumentenkoop* (op afstand) in de zin van de gelijknamige Europese richtlijn slechts naar analogie sprake is: Asser/Hijma 7-I* 2013, nr.129. Het toepassingsbereik van de Richtlijnen consumentenkoop en consumentenrechten is immers beperkt tot roerende zaken resp. roerende zaken en diensten. Dit heeft mogelijk gevolgen voor de bevoegdheden van de ACM om de praktijken van voucherverkopers tegen te gaan. Een met art. 7:47 BW vergelijkbare schakelbepaling ontbreekt bovendien in de nieuwe afdeling 6.5.2B BW ter omzetting van de Richtlijn consumentenrechten (hoewel deze richtlijn *rechten op zaken en diensten* niet expliciet uitsluit van haar toepassingsbereik).

19 J. Hijma, Mr. C. Asser's *Handleiding tot beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. I*. Bijzondere overeenkomsten Koop en ruil*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 76.

20 MvA II, Parl. Gesch. Boek 7, p. 297; B. Wessels, *Koop: algemeen*, Mon. Nieuw BW B-65a, Deventer: Kluwer 2010, nr. 58.

Om een beeld te schetsen van wat ‘redelijke verwachtingen’ zouden kunnen behelzen, volgt hierna een vergelijking met de door Van Boom in 2011 belichte online wederverkoop van concertkaarten.²¹ Een wederverkoper van concertkaarten verkoopt evenals Groupon een vorderingsrecht. Een derde moet de dienst verrichten: in het geval van een kaartje is de organisator van het concert ‘de leverancier’, in het geval van een voucher is de dienstverrichter of verkoper van het product ‘de leverancier’. Wat mag de koper redelijkerwijs verwachten van de wederverkoper (en dus van Groupon)? Van Boom gaat uit van een beperkte verantwoordelijkheid van de wederverkopers van concertkaarten:²²

‘de koper mag verwachten dat het kaartje de kwaliteiten bezit die men daarvan mag verwachten, zoals de kwaliteit dat het kaartje echt is. Bezit het die kwaliteiten niet, dan is sprake van tekortschieten van de verkoper.’

Het probleem dat zich voordeed in de in de inleiding besproken voorbeelden van de klus- en parkeerbedrijven betreft niet de echtheid van de voucher, maar de weigering van het klusbedrijf om te presteren en de gebrekkige kwaliteit van de door het valetparkingbedrijf geleverde dienst. Kan naar analogie worden gesteld dat een concertkaart niet de ‘te verwachten kwaliteit’ bezit wanneer het concert wordt afgelast of een andere (vals zingende) artiest komt optreden?

In 1998 schreef Van Boom in het *BWKJ* dat de conformiteitsverbintenis bij de koop van een vorderingsrecht betrekking heeft op het bestaan van de vordering, het ontbreken van specifieke verweermiddelen of juridische gebreken en de juistheid van de gestelde nominale waarde van de vordering.²³ In sommige gevallen rust op de koper een onderzoeksplicht om het bestaan van de vordering te achterhalen. Bij een waardepapier – zoals de voucher – mag de koper volgens Van Boom echter afgaan op de juistheid van de verklaring. De verkoper moet instaan voor een aantal essentiële kwaliteiten van de vordering zoals de inhoud en omvang hiervan ten tijde van de overdracht. Deze worden ‘goeddeels door het papier zelf (...) bepaald’.²⁴

In het verlengde hiervan zou beargumenteerd kunnen worden dat de voucherverkoper niet slechts in moet staan voor de echtheid van de voucher maar ook voor de ‘waarde’ van de prestatie waarop deze recht geeft.²⁵ De

21 W.H. van Boom, ‘Wetsvoorstel doorverkoop toegangskarten: nuttig en nodig?’ *TvC* 2011-5, p. 180.

22 Van Boom 2011, p. 180.

23 W.H. van Boom, ‘Koop van vorderingen’ in: W.H. van Boom e.a. (red.) *Koop!*, BW-krant Jaarboek 14, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 73-75. GS Bijzondere overeenkomsten, artikel 47 Boek 7 BW, aant. 3.

24 Van Boom 1998, p. 69.

25 Vgl. T.M.J. Raaijmakers, *Garanties bij overnames* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 44, volgens wie het vraagstuk van de non-conformiteit bij aandelen niet enkel ziet op de aandelen maar ook (direct of indirect met behulp van art. 7:47 BW) op de onderliggende onderneming. Zie ook: Rb. Groningen (vzr.) 17 april 2003, *KG* 2003/135 (voor

omlijning door Van Boom van de conformiteitsverbintenis van de wederverkoper van concertkaarten is in dit licht wellicht te voorzichtig. Er is ook sprake van non-conformiteit als de consument een ander product of dienst (van mindere kwaliteit bijvoorbeeld, zoals in het geval van de valetparking) verkrijgt dan hem op de website van de voucherverkoper is voorgespiegeld en hij op grond van de tekst op de voucher (het waardepapier) redelijkerwijs mocht verwachten. Van non-conformiteit is evenwel alleen sprake als de vordering en onderliggende prestatie zoals bepaald door de voucher nooit de beloofde waarde hebben gehad, en niet als de waarde van de vordering door een van buiten komende oorzaak *na de overdracht* is gedaald. Dit is zeker bij diensten lastig om aan te tonen en, anders dan bij vouchers die het recht geven op een product, ligt een analoge toepassing van art. 7:18 lid 2 BW hier niet voor de hand.

Het niet kunnen innen van de vordering komt ook voor risico van de koper. Van Boom schaaft het feit dat de debiteur *niet bereid of in staat*²⁶ om te presteren onder het risico-begrip van art. 7:10 BW.²⁷ Dit artikel bepaalt dat, vanaf het tijdstip van (af)levering van de vordering, het risico van tenietgaan of achteruitgang²⁸ hiervan door een oorzaak die niet aan de verkoper van de vordering kan worden toegerekend, voor rekening van de koper komt. Het risico ligt in het voorbeeld van het klusbedrijf dus denkkelijk niet bij de voucherverkoper. De problemen die de koper ervaart, houden verband met een weigerachtige debiteur. Een kanttekening is dat als de koper voor een vordering een prijs betaalt die de nominale waarde benadert, terwijl de verkoper op de hoogte is of, gelet op voortekenen, op de hoogte had kunnen zijn van het 'dubieuze' karakter van de debiteur, een beroep op wanprestatie van de verkoper kans van slagen heeft.²⁹ Hoewel de consument door middel van een voucher meestal korting op een product of dienst krijgt, gaat het hierbij niet om het verdisconteren van de onzekerheid over de levering. Het prijsargument staat naar wij menen een beroep op wanprestatie niet in de weg. Wel zal de consument wederom in bewijsproblemen geraken. Het zal voor hem niet eenvoudig zijn om te bewijzen dat de voucherverkoper op de hoogte was of behoorde te zijn van de onbetrouwbaarheid van de leverancier.

de conformiteit van het appartementsrecht is van belang dat de woonoppervlakte overeenkomt met wat op grond van de brochure mocht worden verwacht).

26 Hiermee doelt hij op de solvabiliteit (en dus niet de onkunde) van de debiteur. Vgl. ook Wessels (Mon. Nieuw BW B65a), nr. 73 en Asser/Hijma 7-I* 2013, nr. 129.

27 Van Boom 1998, p. 71.

28 Hij beschouwt de weigering tot betaling door de schuldenaar als een achteruitgang van de vordering, aangezien er incassomaatregelen genomen moeten worden die drukken op de waarde van de vordering.

29 Van Boom 1998, p. 71. Art. 7:17 BW kan bij de verkoop van een vordering wel degelijk tot aansprakelijkheid van de verkoper leiden bij gebleken insolventie van de schuldenaar: MvA II, Parl. Gesch. Boek 7 1990, p. 297.

Dat Groupon voorwaarden stelt aan de vergoeding van een voucher die niet kan worden ingewisseld en haar aansprakelijkheid hiervoor uitsluit (paragraaf 2.1), is bij de gelijkstelling van een voucher aan een vordering aan toonder begrijpelijk. Het niet kunnen inwisselen van de voucher komt dan meestal niet voor risico van de voucherverkoper. Dat de consument een vordering op de leverancier toekomt *vanaf het tijdstip van de aankoop van de voucher*, staat echter niet in de AV van Groupon. Deze voorwaarden gaan niet uit van de koop van een vorderingsrecht maar stellen vast dat sprake is van een koop- of dienstenovereenkomst tussen consument en leverancier nadat de verzilvering heeft plaatsgevonden. Volgens Groupon heeft de koper pas dan, en niet al bij de aankoop van de voucher, een vordering op de leverancier.³⁰

2.3 Heeft de voucherverkoper een contractuele zorgplicht jegens de consument als wederpartij?

De overeenkomst tussen de consument en Groupon wordt in de AV van Groupon aangemerkt als de koop van een voucher. De vraag is echter of de overeenkomst tussen Groupon en de consument verder reikt dan alleen de koop van een voucher en de verantwoordelijkheid van Groupon verder gaat dan de levering van een conforme voucher. Zou de consument kunnen stellen dat tussen hem en Groupon een (gekwaliceerde) overeenkomst van opdracht tot stand is gekomen – al is dit niet met zoveel woorden in het contract bepaald – en dat op Groupon een zorgplicht rust? Is een dergelijke stelling houdbaar? De bewoordingen van de overeenkomst zijn op zich immers niet beslissend voor de kwalificatie van een overeenkomst als een benoemde overeenkomst.³¹

De overeenkomst tussen de consument en de voucherverkoper zou zo kunnen worden uitgelegd dat de consument de voucherverkoper de opdracht geeft om hem een contract te laten sluiten met een bedrijf dat een dienst of product tegen korting levert. De opdracht zou ook inhouden dat de voucherverkoper de betaling aan de leverancier regelt, waarvoor de voucher als bewijs geldt. Omdat hierbij sprake is van een verplichte rechtshandeling, zou deze overeenkomst als lastgeving kunnen worden gekwalificeerd (art. 7:414 BW). Het deel van de aankoopprijs van de voucher dat de voucherverkoper zich voorbehoudt, kan voorts worden gelijkgesteld met het betalen van loon (art.

30 In de praktijk wordt de voucher echter soms direct bij aankoop hiervan al verzilverd waardoor het moment waarop de consument een vorderingsrecht toekomt *de facto* het moment van aanschaf van de voucher is, zie ook art. 3.4 van de AV van Groupon.

31 Zie o.a. B. Wessels & A.J. Verheij (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 2 en HR 10 december 2004, NJ 2005, 239 (Diosinth/Groot).

7:405 BW). Zo bezien rust op Groupon als opdrachtnemer een zorgplicht ex art. 7:401 BW jegens de consument als opdrachtgever.³²

Vraag is dan of Groupon in de voorbeelden van het klusbedrijf en de valetparking, gelet op de omstandigheden, heeft nagelaten om als een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar' op te treden bij de uitoefening van haar opdracht.³³ In beide gevallen is er een overeenkomst tot stand gekomen tussen consument en leverancier en heeft Groupon de betaling geregeld. Hierbij zijn geen problemen ontstaan. Problemen deden zich pas voor bij de uitvoering van de op de leverancier rustende verbintenis. De levering van de dienst of het product maakt evenwel geen onderdeel uit van de opdracht en valt dus niet onder de zorgplicht.

Betoogd kan echter worden dat het vinden van *betrouwbare* contractspartners voor de consument wél bij de opdracht hoort. De core business van een voucherverkoper behelst het sluiten van overeenkomsten met bedrijven om aanbiedingen voor diensten en producten te kunnen vertonen op zijn website. De consument mag dan ook verwachten dat de voucherverkoper, als professionele partij, enkel zaken doet met eerlijke partijen. Ook mag hij aannemen dat een voucherverkoper vooraf de potentiële leveranciers voldoende 'screent'. Bij de toepassing van art. 7:401 BW zal de rechter uiteindelijk moeten bepalen of op de voucherverkoper een onderzoeksplicht rust en zo ja, hoever deze strekt.³⁴ Of een onderzoek voldoende zorgvuldig is uitgevoerd, zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

Maakt het nog verschil uit dat Groupon aanbiedt om bij problemen tussen de consument en de leverancier die buiten haar verantwoordelijkheid vallen, te proberen te bemiddelen (art. 5.5 van de AV van Groupon)? Heeft zij daarmee, los van de vraag of sprake is van een overeenkomst van opdracht, een aparte zorgplicht in haar AV opgenomen? Het antwoord op deze vraag hangt af van de uitleg van de betreffende voorwaarde. Een consumentvriendelijke uitleg hiervan (op grond van art. 6:238 lid 2 BW) leidt tot de slotsom dat Groupon zich in genoemde voorbeelden moet inspannen voor een goede oplossing van het geschil tussen consument en leverancier. Doet zij dat niet, dan schiet zij tekort in de nakoming van haar inspanningsverbintenis. De vraag is evenwel van welke schade de consument vergoeding kan vorderen indien Groupon art. 5.5 niet naleeft. Tussen de tekortkoming van Groupon en de schade die aanleiding gaf tot het conflict bestaat geen causaal verband. Wellicht zouden

32 Groupon zou eventueel een beroep op art. 7:419 BW kunnen doen. Zo kan Groupon in het geval van de valetparking zelf de door de consument geleden schade op de leverancier verhalen.

33 T.F.E. Tjong Tjin Tai e.a., *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2009/93-102, in het bijzonder 94.

34 Het gaat hier niet om de veelal in de assurantiebemiddeling en financiële sector aangenomen onderzoeksplicht naar feiten of omstandigheden die de cliënt (de opdrachtgever) betreffen maar om een onderzoek naar feiten die de potentiële derde aangaan.

bepaalde, met het voortslepen van het conflict verband houdende kosten wel op Groupon kunnen worden verhaald.³⁵

3 DE DOOR DE CONSUMENT GESLOTEN DIENSTEN- OF KOOPOVEREENKOMST EN DE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VOUCHERVERKOPER

3.1 Sluit de consument één of twee (samenhangende) overeenkomsten?

Of de consument op grond van zijn overeenkomst met de voucherverkoper de verzilverde voucher *alsmede* de door hem als gevolg van een uitgebleven of ondeugdelijke levering geleden schade vergoed krijgt, is, ongeacht hoe deze overeenkomst wordt gekwalificeerd, hoogst onzeker. Dit is slechts anders indien de voucherverkoper, en niet de leverancier, *de wederpartij* van de consument is bij de diensten- of koopovereenkomst (middellijke vertegenwoordiging). Om dit na te gaan zullen we hierna de vraag beantwoorden of de consument *naast* de overeenkomst met de voucherverkoper wel een aparte overeenkomst sluit met de leverancier (paragraaf 3.2). Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan rijst de vraag naar de samenhang tussen deze overeenkomsten en naar de doorwerking van de rechtsgevolgen van niet-nakoming van de overeenkomst met de leverancier in de overeenkomst met de voucherverkoper (paragraaf 3.3).

3.2 Treedt de voucherverkoper op als middellijke vertegenwoordiger van de leverancier?

Groupon benadrukt in haar verkoopvoorwaarden dat de consument een overeenkomst sluit met de leverancier voor de levering van de dienst of het product (art. 6.1.2).³⁶ Toch is er reden om te twijfelen aan de letter van het contract.

Als de consument inderdaad een recht aan toonder koopt bij de voucherverkoper (paragraaf 2.2), rijst de vraag of er tussen de leverancier en de consument wel een overeenkomst tot stand komt. De consument heeft immers een recht op een product of dienst dat hij slechts nog moet uitoefenen bij de leverancier,

³⁵ De consument zal moeten aantonen dat deze schade in zodanig verband staat met de tekortkoming van Groupon dat de schade als gevolg daarvan haar kan worden toegerekend. Hiertoe zal een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de fictieve situatie waarin Groupon haar inspanningsverbintenis wel zou zijn nagekomen. Wat die fictieve situatie precies inhoudt is bij een inspanningsverbintenis echter moeilijk te definiëren.

³⁶ Voorts hanteren beide bedrijven, los van elkaar, een bedenktijd.

zonder dat van hem een tegenprestatie is vereist.³⁷ Hij heeft immers reeds betaald aan de voucherverkoper. Het louter inwisselen van een voucher tegen goederen of diensten wordt *niet* als een betaling gezien maar als het uitoefenen van een recht aan toonder.³⁸ Als gezegd biedt de kwalificatie van de overeenkomst met de voucherverkoper als de koop van een recht aan toonder enige voordelen voor de consument. Hij kan de voucherverkoper aanspreken als hij schade lijdt doordat het vorderingsrecht niet conform blijkt te zijn. Is er sprake van een weigerachtige leverancier/debiteur, dan kan de voucherverkoper doorgaans echter niets voor hem betekenen.

Op grond van het leerstuk van de vertegenwoordiging zou men ook kunnen twijfelen aan de aanname dat de consument twee overeenkomsten sluit. En mochten deze twijfels worden bevestigd, dan biedt dit zonder meer voordelen voor de gedupeerde consument. Als de voucherverkoper als *middellijke vertegenwoordiger* van de leverancier optreedt, dan kan de consument hem aanspreken in geval van wanprestatie van zijn achterman (de leverancier). Volgens haar AV beschouwt Groupon zichzelf echter als *onmiddellijk vertegenwoordiger* van de leverancier (vgl. art. 3.4³⁹ en 3.8⁴⁰), behalve bij de verkoop van de voucher (dit doet Groupon op eigen naam). Of Groupon als onmiddellijk vertegenwoordiger van de leverancier optreedt, hangt echter af van de omstandigheden van het geval. Er is sprake van middellijke vertegenwoordiging als de consument er, gelet op de verklaringen en gedragingen van Groupon en de overige omstandigheden van het geval, redelijkerwijs op mag vertrouwen dat Groupon zijn wederpartij is bij de totstandkoming van de diensten- of koopovereenkomst.⁴¹

Op de pagina met de advertentie en de bestelpagina staat nergens expliciet vermeld dat de consument met de leverancier een overeenkomst sluit. Groupon geeft eigenlijk alleen in haar AV met zoveel woorden aan dat de consument een contract sluit met het bedrijf dat de dienst of het product zal leveren (art. 6.1.2). In de advertentietekst komt de naam van de leverancier ook niet altijd even duidelijk naar voren. Groupon biedt het product aan op haar website en regelt de betaling (via een voucher). Soms geschiedt verzilvering van de voucher tegelijkertijd met de aankoop van de voucher (art. 3.4 van de AV van Groupon).

37 Vgl. het innen van een AH-spaarkaart: J.W.A. Biemans, 'Airmiles en andere spaarsystemen nader beschouwd', *NJB* 2009, 869.

38 S. Van der Hoeven en T. Braakman, 'De toekomstige btw-behandeling van vouchers: alles helder?' *Weekblad voor Fiscaal Recht*, 2013/1257.

39 'In het geval dat een Aanbod Onderneming op de Groupon Website een 'Direct bestellen' deal is, verzamelt Groupon jouw verzendingsgegevens op het moment van de aankoop. Groupon geeft dan deze gegevens voor jou door aan de Onderneming.'

40 'Groupon mag ten behoeve van de Onderneming reserveringskosten of andere kosten innen die samenhangen met de aankoop en/of het inwisselen van een Voucher.'

41 HR 11 maart 1977, *NJ* 1977, 521 m.nt. GJS (Kribbebijter).

Is op basis van deze omstandigheden⁴² dan toch sprake van middellijke vertegenwoordiging (Groupon handelt in eigen naam maar voor rekening van de leverancier)? Groupon geeft tijdens het boekingsproces en op de uitgegeven voucher wel aan wie de aanbieder van de dienst of het product is en de betreffende algemene voorwaarden van Groupon (art. 6.1.2 bijv.) zijn makkelijk raadpleegbaar en (redelijk) duidelijk geformuleerd. Maar volstaat de op de website en in de AV van Groupon gegeven informatie om van onmiddellijke vertegenwoordiging te spreken? De vergelijking met de reisagent vormt in dit opzicht een interessant aanknopingspunt.⁴³ Om van onmiddellijke vertegenwoordiging te spreken is in de verhouding reisagent en reisorganisator in ieder geval

‘onvoldoende dat de diensten afzonderlijk worden vastgelegd en in rekening worden gebracht onder vermelding van de afzonderlijke prijscomponenten en de namen van de uitvoerende dienstverleners. Daarvoor is meer nodig, door zich bijvoorbeeld in alle reclameuitingen duidelijk te presenteren als een tussenpersoon die niet in eigen naam handelt, maar in naam van een ander’.⁴⁴

Dat Groupon zich in ‘alle’ reclameuitingen duidelijk presenteert als onmiddellijke vertegenwoordiger, valt als gezegd te betwijfelen. Er zijn echter andere omstandigheden die onzes inziens op onmiddellijke vertegenwoordiging (het optreden in naam van een ander) wijzen, zoals het feit dat bij verzilvering van de voucher op de website van Groupon de consument wordt verzocht om de algemene voorwaarden van de leverancier door middel van een ‘vinkje’ te aanvaarden. Verzilvering vindt met name bij diensten ook vaak later plaats, op de website van de leverancier (waarbij ook de AV van de leverancier worden aanvaard⁴⁵). Groupon levert het product of verricht de dienst verder niet zelf en de consument die van zijn herroepingsrecht gebruik maakt, dient het product dan ook naar de leverancier terug te sturen.

Hoewel er volgens ons dus goede aanwijzingen zijn dat er wat betreft de levering van de dienst of het product sprake is van onmiddellijke vertegenwoordiging, laten we de uitkomst van de toepassing van het leerstuk van de vertegenwoordiging graag over aan de rechter. Als gezegd is het de consument niet altijd duidelijk wie zijn wederpartij(en) is (zijn). De toezegging die Groupon in 2013 aan de ACM deed, vermeldt dan ook dat:

42 De verwarring wordt voor de consument mogelijk nog groter daar Groupon sinds kort zelf (in eigen naam) rechtstreeks producten verkoopt via GrouponGoods BV (op grond van een aparte set algemene voorwaarden).

43 Vgl. HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8510, NJ 2011, 448 m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.6 (SGR/ANVR).

44 Hof Arnhem 22 juli 2008, RCR 2009, 4. Zie ook Ktr. Amsterdam 26 juli 2011, *Prg.* 2001, 5768.

45 Art. 2.3 van de AV van Groupon vermeldt dat: ‘De Onderneming kan eigen algemene voorwaarden van toepassing verklaren op de koop, levering en/of het beschikbaar stellen van het Aanbod Onderneming.’

‘de (...) geconstateerde onregelmatigheden er in het bijzonder uit (bestaan) dat voor de consument onduidelijk is wie zijn contractspartner is (en wie derhalve welke verantwoordelijkheid draagt)’.

3.3 Is tussen de door de consument gesloten overeenkomsten sprake van voldoende samenhang?

Mocht er inderdaad sprake zijn van onmiddellijke vertegenwoordiging dan sluit de consument twee overeenkomsten: een met de voucherverkoper betreffende de voucher en een met de leverancier betreffende de dienst of het product. Zijn deze overeenkomsten dan zo met elkaar verbonden, dat ontbinding of vernietiging van de ene overeenkomst (die met de leverancier) noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat de andere overeenkomst (met de voucherverkoper) evenmin in stand kan blijven? Luidt het antwoord op deze vraag bevestigend, dan kan de koop van de voucher bij wanprestatie van de leverancier ongedaan worden gemaakt en moet Groupon de consument de hiervoor betaalde prijs zonder meer terugbetalen (art. 6:271 BW), zonder hier (zoals nu het geval is) voorwaarden aan te verbinden.

De doorwerking van ontbinding van een overeenkomst bij een andere overeenkomst is eind jaren negentig aangenomen door de Hoge Raad in het arrest Jans/FCN.⁴⁶ Vandaag de dag is deze doorwerking deels gecodificeerd. De samenhang tussen de twee overeenkomsten die de consument sluit op de website van de voucherverkoper is echter niet het onderwerp van een wettelijke regeling.⁴⁷ Om vast te stellen of de ontbinding van de overeenkomst met de leverancier wegens wanprestatie de ontbinding van de voucherkoop rechtvaardigt, moet men dus terugvallen op de gezichtspunten uit de jurisprudentie waarin het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten is ontwikkeld.⁴⁸ Om te bepalen of sprake is van voldoende samenhang, dient men te kijken naar de uitleg van de rechtsverhouding in het licht van de omstandigheden van het geval. In het arrest Jans/FCN, dat betrekking had op de gebondenheid van een huurkoopovereenkomst en een financieringsovereenkomst, verschaft de Hoge Raad de volgende gezichtspunten:⁴⁹

46 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.2 (Jans/FCN).

47 Deze regelingen betreffen de timeshareovereenkomst (art. 7:50e BW) en de kredietovereenkomst (art. 7:67 BW), al dan niet in combinatie met een koop op afstand (art. 7:46e BW). Het nieuwe art. 6:230q lid 2 jo. art. 6:230g lid 1 sub (l) BW biedt ook geen uitkomst: het artikel bepaalt niets omtrent de ontbinding op andere gronden dan het herroepingsrecht (nog los van het feit dat de overeenkomst met de voucherverkoper niet de van rechtswege te ontbinden *aanvullende* overeenkomst vormt).

48 E.J. Zippro, ‘Samenhangende overeenkomsten en de gevolgen voor de mogelijkheden van ontbinding en opschorting’, *MvV* 2012/4, p. 101.

49 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.2 (Jans/FCN).

‘Zijn de financieringsovereenkomst en de overeenkomst tussen de huurkoper en huurverkoper (...) (nagenoeg) gelijktijdig en met medewerking van alle drie genoemde partijen tot stand gekomen, zoals bijvoorbeeld kan blijken uit het feit dat beide overeenkomsten in een akte zijn neergelegd, dan zal bij die uitleg in het bijzonder acht moeten worden geslagen op hetgeen ieder van de drie partijen van de andere partijen heeft verwacht en heeft mogen verwachten. Voorts kan voor die uitleg van belang zijn of een vaste betrekking bestond tussen de huurverkoper en de financier dan wel of de financier regelmatig als zodanig is opgetreden ter zake van huurkoopovereenkomsten die door de huurverkoper zijn gesloten, alsmede of de huurverkoper is opgetreden als gevolmachtigde van de financier, in welk geval wetenschap van de huurverkoper, met name omtrent gebreken in de verkochte zaak, naar de maatstaf van artikel 3:66, tweede lid, BW aan de financier moet worden toegerekend’.

Van Laarhoven voegt hieraan toe dat het bij de uitleg van samenhangende overeenkomsten niet alleen gaat om wat partijen zijn overeengekomen maar dat er gekeken moet worden naar hun gehele interactiepatroon. Pas na constatering en evaluatie van de feitelijk-economische samenhang kan van samenhangende rechtsverhoudingen worden gesproken, waarbij er door de juridische structuur heen moet worden gekeken.⁵⁰ De Hoge Raad besliste in het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort dat dit criterium – de feitelijk-economische samenhang tussen de huurkoopovereenkomst en de financieringsovereenkomst – de tekortkoming in de ene overeenkomst de ontbinding van de andere overeenkomst rechtvaardigt.⁵¹

De overeenkomsten tussen consument en Groupon en tussen consument en leverancier zijn weliswaar niet in één akte neergelegd maar beide overeenkomsten verwijzen naar alle drie de partijen. Ook komen beide overeenkomsten soms gelijktijdig tot stand wanneer de koop en verzilvering van de voucher tegelijkertijd geschieden (de ‘direct bestellen’-deal genoemd in art. 3.4 van de AV van Groupon). Groupon heeft bovendien een contract met de leverancier op basis waarvan een zekere hoeveelheid vouchers (soms voor diverse producten of diensten) wordt uitgegeven. In de vorige paragraaf bleek voorts dat Groupon optreedt als vertegenwoordiger voor de leverancier. Tussen de door de consument gesloten overeenkomsten is zonder meer sprake van een feitelijk-economische samenhang – de dienst of het product kan niet worden aangeschaft zonder voucher, althans niet voor de aangeboden prijs. Tussen deze overeenkomsten is naar wij menen dus sprake van voldoende samenhang. De door het klus- of valetparkingbedrijf gedupeerde consument die overgaat tot (buitengerechterlijke) ontbinding van de overeenkomst met de leverancier kan bij Groupon teruggave vorderen van het bedrag dat is betaald voor de

50 M.J. van Laarhoven, *Samenhang in rechtsverhoudingen* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 49 e.v.

51 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3162, NJ 2012, 60, r.o. 3.8 (Agfaphoto Finance/Foto Noort).

voucher. Volgens de Hoge Raad wordt er afgewikkeld tussen degenen tussen wie de prestaties zijn verricht.⁵² Naar wij menen is het de voucherverkoper niet toegestaan om hindernissen op te werpen voor de restitutie van het voor de voucher betaalde bedrag indien de consument de overeenkomst met de leverancier heeft ontbonden (of vernietigd).

Kan de consument eveneens de door hem als gevolg van de tekortkoming van de leverancier geleden schade verhalen op de voucherverkoper? Het antwoord op deze vraag luidt ontkennend, nu de Hoge Raad in het arrest AgfaPhoto Finance/Foto Noort heeft bepaald dat de nauwe samenhang tussen de overeenkomsten niet meebrengt dat de ene partij (AgfaPhoto Finance) aansprakelijk kan zijn voor de schade die het gevolg is van het tekortschieten van de andere partij (AgfaPhoto Netherlands) in de huurkoopovereenkomst. Volgens de Raad kan

‘dat gevolg (...) daaraan niet worden verbonden, aangezien de bedoelde samenhang alleen van belang is voor het antwoord op de vraag of het tekortschieten van AgfaPhoto Netherlands onder de huurkoopovereenkomst gevolgen heeft voor de gebondenheid van Foto Noort c.s. jegens AgfaPhoto Finance onder de financieringsovereenkomst.’⁵³

4 DE DRIEPARTIJENVERHOUDING ALS MEERPARTIJENOVEREENKOMST

4.1 Is er sprake van een derdenbeding ten gunste van de consument?

Voor het vorderen van schadevergoeding *van de voucherverkoper* bij een uitgebleven of ondeugdelijke levering heeft de vaststelling van de samenhang tussen de twee door de consument gesloten overeenkomsten (paragraaf 3.3) geen meerwaarde. Tussen twee met elkaar samenhangende overeenkomsten en een meerpartijenovereenkomst bestaat een ‘vloeiende lijn’.⁵⁴ De vraag is of de kwalificatie van de driepartijenverhouding als meerpartijenovereenkomst die meerwaarde wel heeft. Die kwalificatie is op haar plaats indien de overeenkomst tussen de voucherverkoper en de leverancier een derdenbeding bevat. De vraag is dus of deze overeenkomst

‘voor een derde het recht (schept) een prestatie van een der partijen te vorderen of op andere wijze jegens een van hen een beroep op de overeenkomst te doen,

52 HR 23 januari 1998, NJ 1999, 97 m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.2 (Jans/FCN).

53 HR 20 januari 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3162, NJ 2012, 60, r.o. 3.8 (Agfaphoto Finance/Foto Noort).

54 A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 6. Verbintenissenrecht. Deel III**. Algemeen overeenkomstenrecht, Deventer: Kluwer 2013, nr. 536.

indien de overeenkomst een beding van die strekking inhoudt en de derde dit beding aanvaardt' (6:253 lid 1 BW).

Om te bepalen of er sprake is van een derdenbeding, zijn alle omstandigheden van het geval van beslissende betekenis, gewaardeerd naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.⁵⁵ Dat de oorspronkelijke partijen een derdenbeding niet bewust hebben beoogd of letterlijk hebben verwoord, betekent niet dat er van een derdenbeding geen sprake is.⁵⁶ De uitleg van de overeenkomst en het derdenbeding hangt af van wat partijen dienaangaande zijn overeengekomen, waarbij de Haviltex-maatstaf moet worden toegepast. Wanneer de derde erop heeft vertrouwd en erop heeft mogen vertrouwen, op grond van gedane mededelingen of gewekte verwachtingen, dat hij recht had op het bepaalde in het beding, dan kan hij bescherming ontlenen aan art. 3:35 BW.⁵⁷

Een voor de hand liggende uitleg van de inhoud van de driepartijenverhouding leidt tot de aanname dat sprake is van een derdenbeding in de overeenkomst tussen de voucherverkoper en de leverancier inhoudende de levering van een product of dienst aan de consument die een bij de voucherverkoper aangeschafte voucher overlegt. Reeds bij het kopen van een voucher aanvaardt de consument dit beding en ontstaat er een meerpartijenovereenkomst. Het beding waarin is bepaald dat de leverancier levert aan de consument, biedt een zelfstandig vorderingsrecht aan de consument ten opzichte van de leverancier als promissor van het beding (art. 3:296 BW). De voucher vormt hiervan het bewijs (vgl. paragraaf 2.2).

4.2 Wat is de meerwaarde van de kwalificatie als meerpartijenovereenkomst?

De vraag is wat de consument kan ondernemen in geval van een tekortkoming in de nakoming van genoemd derdenbeding? Kan de consument de overeenkomst ontbinden en het voor de voucher betaalde bedrag alsmede de door een uitgebleven of ondeugdelijke levering geleden schade *van de voucherverkoper* vorderen?

Komt de leverancier/promissor van het beding als 'partij met samenhangende rechten en verplichtingen' zijn verplichtingen niet na, dan kunnen de stipulator van het beding (de voucherververkoper) en de derde (de consument) krachtens art. 6:279 lid 3 BW *gezamenlijk* de overeenkomst ontbinden.⁵⁸ Dit lijkt ons echter geen realistische optie: de voucherverkoper zal de overeenkomst

55 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6193, r.o. 5.5 (De Veste/makelaar).

56 HR 1 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9496, NJ 2005, 499 m.nt C.E. du Perron, r.o. 3.5.

57 HR 14 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY3123, NJ 2013, 239, r.o. 3.5.

58 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/574.

met de leverancier meestal voort willen zetten gelet op de vele tot de overeenkomst tussen hem en de leverancier toegetreden derden.

Biedt de in art. 6:279 lid 2 BW neergelegde ontbindingsbevoegdheid de consument dan toch de mogelijkheid om het voor de voucher betaalde bedrag van de voucherverkoper terug te vorderen? Door de aanvaarding van het derdenbeding is op de consument een verbintenis *jegens de stipulator* komen te rusten (de betaling van de koopprijs van de voucher). De consument kan dus ook als een 'partij met samenhangende rechten en verplichtingen' in de zin van art. 6:279 lid 3 BW worden aangemerkt. Vraag is echter of de consument op grond van art. 6:279 lid 2 BW de *gehele* overeenkomst kan ontbinden, indien de promissor jegens hem wanprestatie pleegt. Volgens Hartkamp en Sieburgh luidt het antwoord op deze vraag in het algemeen ontkennend.⁵⁹

'Uit de aard van de overeenkomst (zie art. 6:279 lid 1 BW) vloeit voort dat de ontbinding hier ten hoogste een gedeeltelijke kan zijn, in dier voege dat de derde zich door ontbinding wel van zijn verbintenis kan bevrijden, doch niet de rechtsverhouding tussen stipulator en promissor kan beëindigen. (...)'

Door de partiële ontbinding – de consument trekt zich als het ware terug uit de overeenkomst – krijgt de gedupeerde consument de koopprijs van de voucher gerestitueerd van de voucherverkoper. Het kunnen ontbinden van de gehele overeenkomst voegt voor hem niets toe en is in het geval van voucherverkoop ook niet gewenst. Andere begunstigten van het 'derdenbeding' moeten kunnen voortborduren op de overeenkomst tussen de voucherverkoper en de leverancier.

Omdat de leverancier promissor is van het beding, kan alleen hij – en niet ook de voucherverkoper als stipulator – op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW) worden aangesproken. De kwalificatie van de driepartijenverhouding als meerpartijenovereenkomst, door het aannemen van een derdenbeding ten gunste van de consument waarvan de leverancier promissor is, heeft ten opzichte van het leerstuk van de samenhangende overeenkomsten, wat betreft de mogelijkheid om door het tekortschieten van de leverancier geleden schade vergoed te krijgen, geen meerwaarde voor de consument (paragraaf 3.3). Het aanduiden van de rechtsverhouding als meerpartijenovereenkomst heeft slechts toegevoegde waarde voor de consument *wanneer de voucherverkoper promissor zou zijn* van een beding op grond waarvan de consument de door hem geleden schade vergoed kan krijgen. Welke inhoud zou dit beding moeten hebben? Te denken valt aan een garantiebeding waarvan de leverancier de stipulator zou zijn en de voucherverkoper de promissor. Van een dergelijk beding is in de overeenkomst tussen Groupon en haar leveranciers echter geen sprake. Met veel moeite hebben wij de hand kunnen leggen op een overeenkomst tussen een (Franse) leverancier en Groupon. Hieruit blijkt duidelijk dat

59 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2010/575.

de leverancier alle verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van de levering en conformiteit van het product resp. de verrichting en kwaliteit van de dienst.

5 DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE VOUCHERVERKOPER

5.1 Is de voucherverkoper betrokken bij de wanprestatie van de leverancier?

Wij hebben verschillende situaties geschetst waarin de consument de voucherverkoper op grond van wanprestatie kan aanspreken en de als gevolg van de uitgebleven of gebrekkige prestatie van de leverancier geleden schade van de voucherverkoper kan vorderen (art. 6:74 BW). Zou sprake zijn van de koop van een recht aan toonder dan is er mogelijk sprake van non-conformiteit (paragraaf 2.2). Zou de overeenkomst tussen de consument en de voucherverkoper als een overeenkomst van opdracht worden gekwalificeerd, dan kan worden betoogd dat de voucherverkoper zijn zorgplicht heeft geschonden (paragraaf 2.3). Zou sprake zijn van middellijke vertegenwoordiging dan is de voucherverkoper (en niet de leverancier) de wederpartij van de consument en levert een ondeugdelijke prestatie van de leverancier een toerekenbare tekortkoming van de voucherverkoper op (paragraaf 3.2). Deze wegen zijn echter onzeker en sterk afhankelijk van de uitleg van de driepartijenverhouding door de rechter. Biedt de delictuele weg wellicht meer zekerheid?

Zou bijvoorbeeld kunnen worden aangenomen dat Groupon heeft meegewerkt aan de wanprestatie door het klus- of het valetparkingbedrijf?⁶⁰ Dit zal niet snel het geval zijn. Groupon zal de wanprestatie moeten hebben uitgelokt of in ieder geval op de hoogte moeten zijn geweest van de wanprestatie van het bedrijf.⁶¹ Van uitlokking is geen sprake en de voucherverkoper is in de meeste gevallen niet op de hoogte van de uitgebleven of ondeugdelijke levering voordat de gedupeerde consument hem hierover informeert.

5.2 Heeft de voucherverkoper een buitencontractuele zorgplicht jegens de consument als derde?

In paragraaf 2.3 stelden wij dat het garanderen van een betrouwbare leverancier onder de zorgplicht van de voucherverkoper jegens de consument zou vallen. Zou het bestaan van een overeenkomst van opdracht tussen de consument en de voucherverkoper worden uitgesloten, dan komt de consument

60 J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Mon. Nieuw BW B57, Deventer: Kluwer 2004, nr. 2. Vgl. HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (Pos/Van den Bosch); HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 m.nt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé).

61 Asser-Tjong Tjin Tai 7-IV 2009/204.

ook langs een andere weg een beroep toe op de schending van de zorgplicht van een goed opdrachtnemer. Tussen de voucherverkoper (opdrachtnemer) en de leverancier (opdrachtgever) kan naar wij menen zonder meer van een overeenkomst van opdracht, meer in het bijzonder van lastgeving (art. 7:414 BW),⁶² worden gesproken.⁶³ Dat de consument 'buiten' deze contractuele relatie staat, doet dan niets af aan het feit dat hij de voucherverkoper op grond van onrechtmatige daad kan aanspreken indien deze onzorgvuldig jegens hem heeft gehandeld.⁶⁴

De reikwijdte van de zorgplicht jegens derden is echter onduidelijk. Zo laat de vraag of een verkoopmakelaar onrechtmatig handelt jegens de consument zich niet in haar algemeenheid beantwoorden. Recentelijk heeft de Hoge Raad overwogen dat een redelijk handelende makelaar slechts onder bepaalde omstandigheden jegens een potentiële koper in moet staan voor zijn onzorgvuldige informatievoorziening.⁶⁵ De uitbreiding van de zorgplicht van de voucherverkoper naar de consument is dus afhankelijk van door de consument te stellen omstandigheden als de mate waarin de voucherverkoper zijn onderzoeksplicht inzake de betrouwbaarheid van zijn opdrachtgever en de kwaliteit van door hem aangeboden diensten en producten is nagekomen.

5.3 Biedt de Wet oneerlijke handelspraktijken uitkomst?

Om de hierboven geschetste problematiek van de meest gereede uitleg van de driepartijenverhouding en bijbehorende overeenkomsten te omzeilen, ligt vooral de weg van art. 6:193c lid 1 BW voor de hand. Deze species van de onrechtmatige daad betreft de misleidende handelspraktijk en komt de consument in ruime mate tegemoet wat betreft diens bewijslast (vgl. art. 6:193j lid 1 en 2 BW). De voucherverkoper draagt de bewijslast ten aanzien van de materiële juistheid en volledigheid van de informatie die hij heeft verstrekt aan de consument en art. 6:193j lid 2 BW helpt de consument met een omkering van de bewijslast betreffende de toerekenbaarheid van de onrechtmatige misleiding. Het is dus aan de voucherverkoper om aan te tonen dat hij van

62 Dat slechts sprake is van bemiddeling lijkt ons uitgesloten: het aanbieden van diensten of producten via de website van Groupon, het regelen van de betaling en de bevestiging van de totstandkoming van de overeenkomst met de leverancier vormen rechtshandelingen die een bemiddelaar niet verricht. In de verhouding tussen Groupon en de leverancier ligt de nadruk ook niet slechts op de precontractuele fase. Voorts handelt Groupon bij de betaling sowieso op eigen naam.

63 Zou tussen Groupon en de consument toch sprake zijn van een overeenkomst van lastgeving (paragraaf 2.3), dan blijkt dat Groupon eigenlijk twee heren dient (wat gezien de convergerende belangen van beide lastgevers in dit geval is toegestaan: art. 7:417 lid 1 BW).

64 HR 4 februari 1977, NJ 1977, 278 m.nt. GJS (Gerritsen/Zwaan); HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008, 587 m.nt. C.E. du Perron (Vleesmeesters/Alog).

65 HR 17 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6162, NJ 2012, 290 m.nt. L.C.A. Verstappen (Savills/Pasman).

de onbehoorlijke uitvoering van de prestatie niets kon weten en daar voldoende onderzoek naar heeft gedaan.

De consument kan op grond van art. 6:193c lid 1 BW de schade vorderen die hij heeft geleden door een misleidende praktijk – waarvoor geen opzet is vereist – mits hij de schade en het causale verband aantoonst tussen de misleiding en de door hem geleden schade. Om vast te stellen of de schade door de misleiding is veroorzaakt, is bepalend in welke situatie de consument zich zou bevinden zonder de misleiding.⁶⁶ Wanneer Groupon vouchers aanbiedt voor ‘universele’ koffiecups en het gebruik van deze cups in een bepaald merk koffieapparaat tot gevolg heeft dat het apparaat onbruikbaar wordt, dan heeft Groupon zich naar het aanziet schuldig gemaakt aan misleidende reclame en kan de consument de geleden schade vorderen op grond van een onrechtmatige daad.⁶⁷ Daarnaast kan hij de koop van de voucher vernietigen op grond van het recent ingevoerde art. 6:193j lid 3 BW en zo de aankoopprijs van de voucher terugkrijgen.⁶⁸ De consument dient ook dan het causale verband tussen de misleidende praktijk en de contractssluiting te stellen en zo nodig te bewijzen.⁶⁹ Groupon maakt zich mogelijk evenzeer schuldig aan een misleidende handeling wanneer zij adverteert voor een, naar later blijkt, niet-betrouwbaar bedrijf of voor diensten die een gehele andere uitvoering krijgen dan beloofd, zoals in het geval van de valetparking (vgl. art. 6:193c lid 1 sub b BW). De regeling van de oneerlijke handelspraktijken biedt de consument naar wij menen de meeste houvast wanneer hij schade heeft geleden en van de overeenkomst af wil.

6 TOT BESLUIT: DE NOODZAAK VAN EEN APARTE REGELING VOOR VOUCHER-VERKOOP

De consument die zich tot de voucherverkoper richt voor restitutie van de prijs van de voucher en vergoeding van de door hem geleden schade heeft meer dan een pijl op zijn boog. Tegelijkertijd is onzeker of deze pijlen hun doel zullen treffen. Dit hangt af van de wijze waarop de rechter de driepartijen-verhouding tussen voucherverkoper, leverancier en consument uitlegt en op welk leerstuk de consument een beroep doet: zullen de AV contra proferentem worden uitgelegd en/of worden vernietigd, is er sprake van non-conformiteit, is de voucherverkoper een middellijke vertegenwoordiger van de leverancier, rust op hem een zorgplicht en hoever strekt deze zorgplicht? Vooralsnog is

66 Vgl. de leer van het negatieve contractsbelang. Zie ook: W.H. van Boom, ‘Inpassing en handhaving van de Wet oneerlijke handelspraktijken’, *TvC* 2008-1, p. 7.

67 ‘Niet passende Caffè Magnani cups: klacht Groupon’, <www.klachtenkompas.nl/groupon/niet-passende-caffe-magnani-koffie-cups> (laatst geraadpleegd op 30 juni 2014).

68 *Kamerstukken II* 2012/2013, 33 520, nr. 2.

69 M.B.M. Loos, ‘Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht’, *NJB* 2013, 2255.

er geen rechtspraak voorhanden en het ziet er ook niet naar uit dat deze er snel zal komen: de hoogte van de vordering staat in de meeste gevallen niet in verhouding tot de kosten van een gerechtelijke procedure.

Voucherverkoop komt veel voor en er bestaat onduidelijkheid over de beantwoording van de met de driepartijenverhouding gepaard gaande rechtsvragen. De moeilijkheid om de verplichtingen van de verkoper van vouchers in geval van wanprestatie van de leverancier vast te leggen geeft aan dat er behoefte is aan een duidelijke regeling inzake de verkoop van vouchers. Om te beginnen is van belang dat de voucherverkoper de consument nog beter informeert over het feit dat hij een overeenkomst sluit met de leverancier. Er bestaat echter geen nauw omschreven informatieverplichting van deze strekking en de door Groupon jegens de ACM gedane toezegging (paragraaf 1.3) is bijvoorbeeld gegrond op de regeling inzake de koop op afstand en de Wet oneerlijke handelspraktijken. Deze regelingen houden echter geen rekening met de bijzondere kenmerken van de driepartijenverhouding. De voucherproblematiek geniet ook weinig aandacht op Europees niveau. Dat een duidelijke inbedding van de voucherkoop in de Richtlijn consumentenrechten en dus in de nieuwe afdeling 6.5.2B BW is uitgebleven, zien wij als een gemiste kans. Naar wij menen is er behoefte aan een Europese regeling waarin de voucher expliciet onder het toepassingsbereik van het consumentenkooprecht wordt gebracht en de aansprakelijkheid van de voucherverkoper in geval van een uitgebleven of ondeugdelijke levering duidelijk wordt gedefinieerd en gecommuniceerd naar de consument dankzij speciaal op de voucherverkoop toegesneden informatieplichten. Deze regeling zou moeten bepalen dat in een dergelijk geval zowel de leverancier als de voucherverkoper aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zij zou inhouden dat de voucherverkoper als tussenpersoon zo nauw bij de overeenkomst tussen de consument en de leverancier betrokken is dat, mocht de leverancier niet of ondeugdelijk presteren, de consument ook de voucherverkoper kan aanspreken.⁷⁰

Die aansprakelijkheid zou bijvoorbeeld kunnen zijn gebaseerd op een wettelijk vastgelegde zorgplicht van de voucherverkoper jegens de consument: wist hij of behoorde hij te weten dat de leverancier toerekenbaar zou tekortschieten? Deze zorgplicht veronderstelt een onderzoeksplicht aan de zijde van de voucherverkoper naar de kwaliteit en betrouwbaarheid van de gecontracteerde leveranciers.⁷¹ In geval van een wanpresterende leverancier zou de bewijslast worden omgekeerd en bij de voucherverkoper komen te liggen. Een dergelijke constructie is goed in te passen in de systematiek van ons BW. De aansprakelijkheid van de voucherverkoper zou eventueel ook kunnen worden gestoeld op een doorbreking van ons nationale vertegenwoordigingsrecht. En

70 Vgl. A.L.H. Ernes en A.H. Lamers, 'De begrippen overeenkomst, partij en derde in het civiele recht', *AA* 2012-1, p. 29-30.

71 Een dergelijke regeling zou ook de problematiek van de dubbele bedenktijd moeten adresseren.

bij de opstelling van nieuwe Europese regelgeving zou op dit punt aansluiting kunnen worden gezocht bij een bestaande regeling. Niet bij de Richtlijn pakketreizen die de beantwoording van vertegenwoordigingsvraag aan het nationale recht overlaat⁷² maar bij de Richtlijn consumentenrechten. Deze richtlijn wijkt af van de vertegenwoordigingsregeling van afdeling 3.3 BW door ook de bemiddelende tussenpersoon, ongeacht of deze in eigen naam handelt, aansprakelijk te stellen zolang hij kan worden aangemerkt als handelaar. Bij niet-nakoming kan de consument zowel de tussenhandelaar als de achterman aanspreken. Die afwijking geldt echter (vooralsnog?) alleen bij toepassing van de nieuwe afdeling 6.5.2B en art. 7:7, 9 en 11 BW.⁷³

72 HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8510, NJ 2011, 448, m.nt. Jac. Hijma, r.o. 3.6 (SGR/ANVR). Zie ook HvJ EU 14 november 2013, C-478/12, *Maletic v lastminute.com & TUI Österreich* (n.n.g.), r.o. 29.

73 *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 520, E, p. 3.

